La signification et la substitution de l'expression de libertés fondamentales à celle de libertés publiques.

Depuis une dizaine d'années, le terme « libertés publiques » tend à être abandonné au profit de « droits fondamentaux ».

Cette expression de liberté fondamentale est la reprise d'une terminologie étrangère qui figure comme référence majeure dans un certain nombre de constitutions européennes et en particulier dans la loi fondamentale Allemande. Mais également dans les textes européens comme la charte des droits fondamentaux.

La tradition juridique française a longtemps utilisé l'expression liberté publique et même encore aujourd'hui (**art. 34 de la constitution**). Mais ceci tend à être remplacé par l'expression libertés fondamentales et ce, jusque dans la loi du 30 juin 2000, qui utilise cette notion : « une atteinte grave à une liberté fondamentale peut justifier une mesure de suspension d'un acte administratif ».

Cette notion, bien que non écrite dans la constitution est utilisée par le conseil constitutionnel (ex : décision du 22 janvier 1990).

La différence qui est faite entre les deux notions ne tient pas vraiment à un problème de contenu : on se situe, dans les 2 cas, sur le terrain du droit positif. De ce fait, un droit fondamental peut être, en même temps, une liberté publique et inversement.

Il n'y a pas de définition légale ou constitutionnelle précise ou définitive de ce que sont ces deux libertés donc les auteurs divergent considérablement.

S'agissant des libertés publiques : le conseil d'Etat a tenté d'établir une liste des ces libertés (avis du 13 aout 1947) mais il s'agit d'une liste sans valeur contraignante et il ne s'agit pas d'une liste limitative. (libertés individuelles ; libertés collectives : liberté de réunion…. ; c'est-à-dire uniquement des droits qui garantissent l'autodétermination de l'individu et on ne retrouve pas dans cette liste des droits de créances. Il ne s'agit donc, que de droits subjectifs.)

S'agissant des droits fondamentaux : c'est la jurisprudence qui, au fil des affaires, va qualifier tel ou tel droit ou telle ou telle liberté fondamentaux :

- Le conseil d'Etat : liberté d'aller et venir (ord. 2001) ; le droit d'asile (ord.2001) ; la libre expression du droit de suffrage, le pluralisme de l'expression des courants de pensée et d'opinion, le droit de propriété, la liberté de réunion (ord. 2002) … etc.

  Comme le législateur ne donne pas de liste, le conseil agit au cas par cas.

- Le conseil constitutionnel : dans le rapport pour la 8eme conférence des cours constitutionnelles : « *Les droits sont fondamentaux d'une part, parce qu'ils se rapportent à l'homme qui est le fondement de tous les droits, et d'autre part, parce que leur reconnaissance traverse ou devrait traverser tout ordre juridique*. »

Le fait que le conseil d'Etat et le conseil constitutionnel définissent chacun ces libertés pose le problème des possibles divergences.

Ex : Ordonnance du juge des référés du conseil d'Etat du 20 février 2006 : le droit à la protection de la santé constitue t'il une liberté fondamentale ? Il s'agissait, en l'espèce, d'un détenu gravement malade dans une cellule où les codétenus fumaient. Demande de changement de cellule, approuvée par le juge au motif d'un droit à la protection de la santé.

Mais le CE va rendre une décision contraire au TA en estimant que ce droit n'est pas une liberté fondamentale. Or le conseil constitutionnel en a fait un principe à valeur constitutionnelle en le garantissant dans le préambule de 1946. Pour le CE, le sommet de la hiérarchie des normes de suffit pas, il faut qu'il s'agisse, en plus, d'un véritable droit subjectif.

Cette substitution de la notion de liberté fondamentale à celle de libertés publiques, tend au bout du compte, à insister sur l'évolution de la garantie juridique des libertés en France. L'idée de libertés publiques tendait à insister sur le fait que les libertés devaient être protégées du pouvoir exécutif avec l'idée que c'était au parlement de définir le régime juridique de ces libertés.

Petit à petit va s'imposer l'idée qu'il y a des droits fondamentaux qui s'imposent au législateur lui-même. Cette évolution résulte d'un double mouvement :

- 1er mouvement : prend son essor après la 2GM : développement de sources internationales et européennes en matière de protection des libertés qui s'imposent au législateur.
- 2nd mouvement : Essor, en France, d'un droit constitutionnel des libertés. La notion de liberté fondamentale tend à traduire la place croissante qu'occupe la jurisprudence constitutionnelle dans la définition et la protection des libertés. Tournant décisif : décision du 16 juillet 1971 qui mettait en cause la liberté d'association. Pour la 1ere fois un juge constitutionnel décide qu'une loi ne pourra être promulguée en raison de l'atteinte qu'elle porte à une liberté constitutionnellement garantie.

La protection des droits fondamentaux ne relève plus seulement du juge ordinaire mais aussi du juge constitutionnel et du juge européen.

Il a fallu revenir sur le légicentrisme, qui, en France, était issu de la Révolution. C'est à ce mouvement là que renvoi l'utilisation de liberté fondamentale. Quand les auteurs préfèrent cette terminologie (Favoureu), c'est l'idée que la protection des libertés est devenue constitutionnelle.